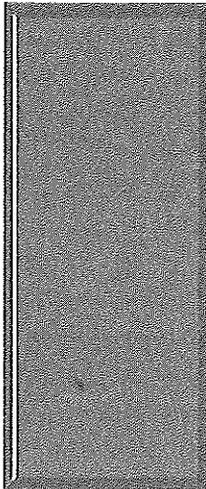


Ricardo Rodrigues Gama (Faculdade de Direito de Bauru)

*Novo Código Civil Brasileiro:
inovação ou reforma?*



RESUMO

O presente artigo pretende suscitar um debate em torno da pergunta: será que o novo Código Civil é realmente novo? Sem negar a atualização feita em alguns temas, bem como a inclusão de novos assuntos, a conclusão do autor é a de que, pelas inovações e retrocesso, todas as alterações poderiam ser feitas no velho Código. Portanto, o que resulta é uma simples reforma; e malfeita.

ABSTRACT

The present article intends to raise a debate on the question: is the new Civil Code really new? Without denying the updating in some themes and the inclusion of new issues, the author concludes that considering the innovations and retrogressions, all alterations could have been made in the old Code. Therefore the result is just a badly made reform.

Introdução

As possíveis relações entre os particulares são regulamentadas pelos Códigos Civil, Comercial e do Consumidor, e pela Consolidação das Leis do Trabalho. Com as regras definidoras dos direitos e obrigações, as relações jurídicas entre as pessoas seguem normalmente e, diante das ocorrências inovadoras, a lei sofre mudanças para não se transformar em um agrupamento de regras inúteis.

A complexidade do Código Civil de qualquer Estado não aconselha mudá-lo totalmente e isso nem é possível diante da perenidade de determinadas matérias. Assim, os assuntos veiculados no Código Civil podem variar quanto às informações, permanecendo estáticos quanto ao conteúdo. No geral, o Código de qualquer Estado vai tratar da família, das obrigações, das coisas e da sucessão, isso corresponde ao conteúdo. Agora, quanto às formalidades para que o casamento seja celebrado ou a ordem de vocação hereditária, por exemplo, como são informações, algumas variações podem ser constatadas.

A questão a ser abordada aqui é se o novo Código é capaz de ofuscar o de 1916. De forma mais explícita: será que um código novo pode distanciar-se do velho sobre o conteúdo deste? Numa outra versão: a troca de dados de um corpo de leis para o outro da mesma espécie autorizaria chamar o último de novo?

Numa análise mais profunda, o novo Código pode até incluir novos assuntos, como uma espécie de contratos inominados, alguns direitos reais sobre coisas alheias ou novas formas de estabelecer convivência entre homem e mulher. E, por causa dessas alterações dos dados, será que o velho Código poderia ser considerado totalmente estranho?

1. Legislação esparsa

Na época em que o Código Civil de 1916 ingressou no ordenamento jurídico nacional, a República acabara de substituir os rigores do Império e, ao lado disso, a Constituição Republicana contava com um pouco mais de duas décadas de vigor. Não se pode olvidar que a elaboração dos anteprojetos teve início bem depois de 1891, data da promulgação da Constituição Federal (24 de fevereiro).

A conjuntura do Estado brasileiro não estava muito bem definida, pois havia indefinição até acerca da composição do povo brasileiro e, ao lado disso, devem ser observados outros pontos, como o fato de a população não ser tão numerosa, a sociedade brasileira ser basicamente concentrada na zona rural, o governo brasileiro estar soltando-se das amarras do colonialismo, a vida política no Brasil concentrar-se em ideais de poucos burgueses e a família viver numa estrutura patriarcal.

Um simples comparativo dos valores da sociedade brasileira do final do século XIX para com a do limiar do terceiro milênio parece causar muito desconforto no momento de aplicar uma norma que o texto está voltado para o século retrasado. Tudo isso pode ser somente uma impressão apriorística, sem cunho científico algum. E é nesse sentido que existem muitos exemplos atestadores desta suposição. Na verdade, outros Estados, como o francês e o espanhol, contam com códigos que remontam os séculos e os textos persistem com algumas alterações. Mas o Poder Legislativo nacional não dá o exemplo da atualização e sempre que é convocado cria um *código* de assunto que deveria estar encartado no Código Civil. Assim, partindo das alterações legislativas, a prática nacional assusta os mais otimistas, pois não são poucos os juristas que defendem a manutenção e, para os mais exaltados, a propagação da legislação esparsa. Ao invés de dar novo conteúdo ao artigo, parágrafo, inciso, item ou alínea, há quem prefira que a matéria venha a ser veiculada em lei especial. Para nós, isso é absurdo, porque não teremos jamais um Código atualizado; ademais, a interpretação permanece prejudicada por ser preciso a utilização dos princípios estabelecidos pelo Código e os sempre presentes na nova lei.

Refletindo sobre o tempo em que o Código de 1916 esteve em vigor, isso no seu ponto alto, pois ainda ele está em vigor, constata-se a difícil situação dos brasileiros que tiveram um convívio com um Código Civil funcionando de forma precária na regulamentação de suas relações, não há mais como justificar a derrogação do novo Código Civil em favor de leis especiais que tratem com mais precisão o assunto.

2. Razões temporais

O processo legislativo de projetos significativos no Brasil requer, muitas vezes, prazos excessivos e, quase sempre, surgem impossibilidades de sua aprovação por vários outros motivos.

Para os sistemas legalistas, como é o nosso, a lei precisa acompanhar a evolução das relações sociais, reclamando inúmeras reformas para sempre estar de acordo com as exigências dos súditos do Estado. Nem por isso a lei precisa sofrer mudanças em curtos espaços de tempo, isso porque é possível adaptar o texto legal às ocorrências cotidianas. Mas, com o passar dos anos, o texto legal pode deixar de ter o sentido que o legislador quis nele imprimir, emergindo daí a necessidade da elaboração de novo texto para suprir situação de completa desarmonia entre a lei e as atitudes humanas. Não basta somente fazer referência ao fato social para lograr a alteração da lei, mas é necessária a constatação da ideologia que rege o grupo social no momento em que se quer promover as mudanças.

Na maioria dos casos em que se adota um novo Código, seja ele qual for, a justificativa deve ser bem evidente. Em princípio, com o Código Civil de 1916, cuja proposta baseava-se nos fatos sociais e costumes de século XVIII,¹ todas as mudanças constatáveis na sociedade não poderiam submeter a tanto rigor de conduta e indicação de práticas que soavam como ridículas. Isso seria assim se as condutas privadas fossem modificadas de tal forma que não se pudesse reconhecê-las na letra da lei. E, fosse considerando as codificações de outros Estados, no caso brasileiro o novo Código Civil já nasce tarde, pois o Código de 1916 conviveu com tantas inovações, acentuando aqui as constitucionais que o derogou em pontos importantíssimos, como na estrutura da família, na igualdade entre os filhos...

Por fim, são as reformas que conseguem transformar um texto legal avançado em ultrapassado, claro em obscuro, realista em utópico...

3. A história do Projeto nº. 118/84

Em 15 de agosto de 2001, o projeto de Código Civil entrou em pauta de votação na Câmara dos Deputados. E aí já faltava muito pouco para que os brasileiros ganhassem um novo Código Civil, mas a questão era puramente temporal, porque a Câmara dos Deputados aprovou por unanimidade o seu texto com as trezentas e trinta e duas emendas do Senado Federal e impediu que fossem propostas novas emendas.

¹ É importante frisar que o anteprojeto foi elaborado antes do ano de 1900, já que sua aprovação como projeto se deu em 1900.

Primeiramente, é preciso registrar que a origem do atual projeto está firmada, de longe, no anteprojeto de 1963, de autoria de Orlando Gomes, e do Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira. Mas foi mesmo em 1975 que o anteprojeto virou projeto e o parlamento brasileiro começou a promover as votações e alterações julgadas necessárias. Não se pode olvidar que o Presidente da República criou uma comissão composta por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clovis do Couto e Silva e Torquato Castro. Contando com o empenho de Miguel Reale, o projeto de lei foi proposto pelo presidente da República em 1975, recebendo o projeto o número 634/75.

A par disso, acentue-se que a Mensagem nº 160/75 do Presidente da República foi lido no plenário da Câmara dos Deputados em 11 de junho de 1975 e, no dia 23 do mesmo mês e ano, foi designada a primeira Comissão Especial para dar parecer ao projeto. Em 5 de novembro de 1981, a Comissão Especial passou a ter nova composição e a sua renovação se deu, outra vez, em 04 de abril de 1983. Nesse mesmo ano, mais precisamente em 28 de junho, o parecer do relator-geral da Comissão Especial foi lido e votado, e quase três meses depois foi publicado tal parecer. Depois de discutido em plenário em 16 de novembro de 1983, o projeto foi aprovado em 16 de junho de 1984 e despachado para o Senado Federal. Em 25 de junho de 1984, já sob o número 118/84, o Projeto de Lei passa a ser objeto de estudo da Comissão Especial criada na oportunidade, tendo como presidente Nelson Carneiro. A Comissão sofre alteração em sua composição em 23 de março de 1995, passando a presidi-la o senador Ronaldo Cunha Lima e, como relator, o senador Josaphat Marinho. Em 13 de novembro de 1997, o Projeto nº 118/84 foi aprovado na Comissão Especial e, em 26 do mesmo mês e ano, deu-se sua aprovação no plenário do Senado Federal, ressalvados os destaques. Com as adequações apresentadas pelo relator, o Projeto nº 118/84 só foi aprovado em 12 de dezembro de 1997. Quatro dias depois, o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, os quais instalam uma Comissão Especial para apreciar e dar parecer sobre as emendas que o projeto sofreu no Senado.

Nessa seqüência, como se disse acima, em 15 de agosto de 2001, às dezessete horas e cinqüenta e cinco minutos, o projeto de Código Civil foi votado e aprovado por unanimidade pelos deputados federais.

4. Estrutura do novo Código Civil

Estruturalmente, o novo Código Civil não inovou em nada, isso porque, seguindo a escola alemã, acompanhou as diretrizes do Código de 1916.

A grande divisão em duas partes foi mantida pelo legislador, continuando o Código Civil a contar com uma *parte geral* e uma *parte especial*. Andou bem o legislador aqui, pois o tratamento da matéria civil sem a parte geral dificultaria a idéia de conjunto, de corpo de leis que são reunidas pelas suas afinidades. Deveras, o Código Civil italiano não conta com a parte geral, distribuindo as matérias civis em seis livros (Livro I: Da Pessoa e da Família; Livro II; Da Sucessão; Livro III: Da Propriedade; Livro IV: Das Obrigações; Livro V: Do Trabalho; Livro VI: Da Tutela dos Direitos).

Aliás, o Código de Napoleão também não trazia uma parte geral e outra especial. Isso expressamente, pois este Código Civil dos franceses, de 1804, trouxe um Título Preliminar bem parecido com a Lei de Introdução ao Código Civil nossa. Em seguida, seqüenciam os livros um, dois e três, tratando, respectivamente, das pessoas, dos bens e das diferentes modificações da propriedade, dos diferentes modos pelos quais se adquire a propriedade. Inacreditável é que o Código de Napoleão ainda está a vigorar e, apesar das modificações nos conteúdos de alguns artigos, a sua estrutura permanece como impôs Napoleão aos seus súditos da época.

O Código Civil argentino não foi contaminado pela divisão em duas grandes partes, todavia segue o exemplo dos franceses com um título preliminar. Em seguida, divide-se em quatro livros, sob as seguintes intitulações: *das pessoas, dos direitos pessoais nas relações civis, dos direitos reais e disposições comuns dos direitos reais e pessoais*. Seguindo a mesma tendência, o Código Civil paraguaio traz o título preliminar e subdivide-se em cinco livros: *das pessoas e dos direitos pessoais nas relações de família, dos fatos e atos jurídicos e das obrigações, dos contratos e de outras fontes das obrigações, dos direitos reais ou sobre as coisas e da sucessão por causa da morte*.

Pelo novo Código Civil brasileiro, na parte geral, o livro I trata das pessoas, o livro II versa sobre os bens e o livro III traz os fatos jurídicos. Na parte especial, o livro I traz as obrigações, o livro II inova com o direito de empresa, o livro III traz o direito das coisas, o livro IV trata do direito de família, o livro V versa sobre o direito das sucessões e, por fim, o livro complementar que traz as disposições finais e transitórias. No Código de 1916, o art. 1º pertencia à disposição geral, enquanto o novo Código inicia já no livro das pessoas.

Há mudanças estruturais bem tênues, as quais não trarão maiores dificuldades para quem lidava com o Código de 1916.

5. Aparentes inovações na Parte Geral

Antes de iniciar a exposição, chamemos a atenção para a impossibilidade da apresentação de todas as aparentes inovações, já que o novo Código Civil mudou muitas palavras do texto do velho Código, as quais têm o mesmo significado.

O art. 1º do novo Código Civil já foi alterado duas vezes e, em substância, não nos convencemos da importância de tanta preocupação com os termos *homem, ser humano e pessoa*. Pelo art. 2º do Código Civil de 1916, *todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*. Na versão do Projeto da Câmara nº 634/75, o texto do velho Código era repetido com todas as letras. No Senado Federal, o Projeto de Lei nº 118/84 teve texto modificado, trocou-se a palavra *homem* por *ser humano*. Na última versão da relatoria geral da Câmara dos Deputados, a locução *ser humano* foi trocada por *pessoa*. Não ocorreu ainda que a terminologia poderia ser permutada para *pessoa humana, pessoa natural, pessoa física, nacionais, nacionais e estrangeiros, brasileiros, brasileiros e estrangeiros, pessoa nacional ou estrangeira, homem e mulher*. O Código de Napoleão, no qual se inspirou o legislador de 1916, preferiu usar a nacionalidade francesa, expressando que *todo francês gozará dos direitos civis*.² Nas lições de Demolombe, de forma clara, vê-se a preocupação em diferenciar os direitos civis dos políticos e precisar quem é o cidadão francês (*citoyen français*).³ O Código Civil espanhol evita fixar terminologia, variando assim o emprego dos envolvidos conforme o assunto; no casamento, por exemplo, emprega o Código *homem e mulher*.⁴ Como o espanhol, também sem artigo equivalente ao nosso art. 1º do novo Código Civil, os Códigos italiano e paraguaio tratam de utilizar a palavra *pessoa* para se referir ao ser humano. No Código Civil argentino, também não há dispositivo equivalente, empre-

² Art. 7º *Tout français jouira des droits civis*.

³ Ao tecer os seus comentários sobre o dispositivo legal, Demolombe apregoa que *ainsi, tous les français jouissent des droits civils. Mais les français citoyens jouissent seuls des droits politiques* (*Course de Code Napoléon.*: Paris: A. Lahure, 1880, v. 1, p. 156).

⁴ Registre-se ainda que não há artigo equivalente ao nosso no Código Civil espanhol.

gando-se em outros dispositivos a terminologia *habitantes do território nacional, cidadãos ou estrangeiros*⁵ e *pessoas*.

O art. 2º do novo Código Civil prometia ser inovador, todavia o texto é o mesmo do Código de 1916.⁶ A única coisa que mudou foi a palavra *homem* que passou por *ser humano* e terminou com *pessoa*. Assim, o referido artigo pode ser expressado como *a personalidade civil da pessoa (homem, ser humano) começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. O avanço aqui poderia ser expressado pela admissão da proteção dos direitos do nascituro, como o direito à paternidade, a alimentos... Em quatro parágrafos nesse mesmo artigo, outras matérias poderiam ser regulamentadas, como a fertilização assistida, a utilização do sêmen o anonimato do doador, a fertilização *in vitro*, local do desenvolvimento e comercialização do embrião humano, clonagem, a barriga de aluguel...⁷

Em outras palavras e, até repetindo o antigo texto em parte, o art. 3º repetiu o conteúdo do art. 5º do Código de 1916. Constata-se que o surdo-mudo e o ausente foram substituídos pela frase que traz *os que, mesmo por motivo transitório, não puderem exprimir sua vontade*.

A presunção de morte deve ser entendida como ausência declarada por sentença judicial, agora a morte presumida, pela evidência do fim da vida nas circunstâncias que se encontrava a pessoa, constitui inovação na regulamentação legal, pois o assunto já podia ser debatido em ação judicial. Nesse sentido, o art. 7º do novo Código terminou por incluir a possibilidade já conhecida da *morte provável*. Indubitavelmente, tal mudança poderia ser feita sobre o texto do velho Código, o qual comportaria a matéria sem maiores dificuldades.

A ausência foi trazida para a parte geral do novo Código, lembrando que o Código de 1916 a classificava com instituto do direito de família, ao lado da tutela e da curatela. É evidente que havia uma inadequação, porque a ausência não faz parte dos direitos familiares, reais, obrigacionais ou sucessórios.

⁵ O art. 1º do Código Civil argentino dispõe que *las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes*.

⁶ No Código de 1916, o art. 2º do Projeto corresponde ao 4º.

⁷ A importância de tais temas e o descaso do legislador causa desânimo em qualquer estudioso, todavia não devemos esmorecer porque, em alterações futuras, essas matérias podem ser encartadas no novo Código Civil. Além da legislação alienígena a respeito do assunto, cumpre observar o estudo de Monica Sartori Scarpato (*Fertilização assistida: questão aberta*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991).

O título que trata das pessoas jurídicas foi atualizado em relação aos dispositivos revogados. O art. 50 contemplou a despersonalização da pessoa jurídica, todavia o seu reconhecimento já vinha sendo feito pelo Judiciário com base nos atos ilícitos praticados em seu nome, combinado com o desvirtuamento de sua finalidade.

Os bens continuaram a receber o mesmo tratamento, passando somente por uma atualização dos conceitos básicos e uma noção mais precisa dos bens públicos. Mas o bem de família ficou sem ao menos uma indicação. Deveras ele foi regulamentado na parte especial do direito de família.

Ainda na parte geral, os fatos jurídicos seguiram sendo tratados como antes, registrando-se pequenas variações com relação à precisão dos termos empregados e a ampliação dos assuntos que passaram a fazer parte dos fatos jurídicos.

6. Aparentes inovações no Livro I da Parte Especial

Na parte especial, os livros receberam outros temas para tratarem, ou melhor, deu-se uma inversão da ordem das matérias trazidas pelo Código de 1916. O livro I, que era do direito de família, recebeu o direito das obrigações. O livro II passou a tratar do direito de empresa. No livro III, o direito das coisas recebeu tratamento acanhado e as grandes questões ainda persistem, como a posse como direito real.

As obrigações são tratadas como antes, não havendo inovação que mereça destaque. Aliás, a falta de ampliação dos contratos nominados pegou-nos de surpresa, pois deveria o legislador aproveitar a oportunidade para incorporar os contratos criados nos últimos oitenta e quatro anos, como os contratos de *leasing*, de franquia...

7. Aparentes inovações no Livro II da Parte Especial

O Livro II, ao tratar do direito de empresa, revelou a preocupação do legislador com outro corpo de leis que é o pertencente ao Direito Comercial. Era de ter ele em mente que não se resolve sobre outras espécies de leis na esteira da lei civil. Mas, a explicação mais lógica é que se adotou a teoria da empresa, contudo não se pode negar que o legislador quis abranger o Código Comercial e, tanto isso é verdade que, a sua primeira parte foi revogada.

8. Aparentes inovações no Livro III da Parte Especial

A indefinição da posse como direito real parece que não pode o legislador superar essa questão. Mais uma vez comete-se equívocos para assinalar coisa diversa da apresentada, pois se a posse não fosse um dos direitos reais ela não estaria no livro que deles trata.

O condomínio não sofreu alterações consideráveis se levarmos em conta o tratamento do velho Código e da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. A divisão do condomínio em geral e edilício já era contemplada pela melhor doutrina e a instituição do condomínio de residências com regras especiais não foi nem mesmo cogitada. Sem querer criar um novo gênero para esta espécie condominial, o legislador poderia ter ao menos dedicado alguns artigos ao tema.

Entre os direitos reais, o novo Código deixou de fora a enfiteuse e as rendas constituídas sobre imóveis. Pois bem, nada mais fez do que atualizar o texto da lei civil, porque esses institutos já não vinham sendo usados há muito tempo. No livro III, os direitos reais em desuso foram extirpados, contudo os direitos reais que não povoavam o Código de 1916 não foram incluídos entre essas espécies de direito, excetuando o compromisso de compra e venda. A exemplo disso, a alienação fiduciária em garantia necessitava de sua inclusão, mas ela não se deu.

9. Aparentes inovações no Livro IV da Parte Especial

No livro IV, do direito de família, sobre o livro II do velho Código, as mudanças substanciais se deram porque a Constituição Federal de 1988 as promoveu. As alterações dos dados não foi o bastante para o casamento destacar-se no direito de família, como já se disse para os atos jurídicos, o legislador perdeu uma oportunidade de adotar a teoria do ato inexistente. Os artigos dedicados à adoção são em tão poucos que o Estatuto da Criança não sofreu quase que nenhum abalo. Na nossa opinião, o legislador deveria avançar e derrogar o Estatuto nessa matéria. É ridícula a mudança do pátrio poder para poder familiar, haja vista os países europeus terem mantido tal denominação, apesar de a mulher participar ativamente na decisão do futuro dos filhos.

10. Aparentes inovações no Livro V da Parte Especial

Igualmente, o livro V, do direito das sucessões, manteve a sua regularidade e recepcionou as inovações constitucionais. Não tem como negar que a inclusão das inovações constitucionais acabou dando mais harmonia na interpretação deste livro tão importante que é o do direito das sucessões.

11. Verdadeiras inovações na Parte Geral

A capacidade plena, pelo disposto nos arts. 4º, inc. I, e 5º do novo Código Civil, foi alterada radicalmente. A Emenda do Senado Federal tratou de reduzir a idade para se atingir a maioridade. O fim da menoridade aos dezoito anos torna o ordenamento jurídico brasileiro mais harmonioso, diminuindo as diferenças de tratamento entres as diversas áreas do direito. Havia uma discrepância sem sentido entre a lei civil e a lei penal, na qual a pessoa não podia praticar os atos da vida civil, contudo poderia responder pela infração penal praticada.

A emancipação, por concessão dos pais ou por sentença, é autorizada pela lei a partir dos dezesseis anos, como prevê o parágrafo único, do art. 5º do novo Código.

A inclusão de capítulo específico para tratar dos direitos da personalidade atendeu a uma reivindicação antiga dos juristas que versaram sobre o assunto. Em onze artigos, o novo Código trata das ilimitações de tais direitos, a sua proteção e dos contornos de seu exercício. A legislação de outros países continuam a influenciar os juristas nacionais, cuja inspiração quase se resume à cópia. O art. 13 do novo Código aproxima-se muito do art. 5º do Código Civil italiano, este denominado *atos e disposição do próprio corpo*.⁸

12. Verdadeiras inovações na Parte Especial

O direito de superfície aumenta as possibilidades de utilização dos imóveis e isso só foi possível com a sua inclusão entre os direitos reais. É

⁸ O art. 5º do Código Civil italiano traz que *gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*.

verdade que as pessoas já contavam com o mesmo efeito valendo-se da construção combinada com a instituição do usufruto, todavia, nada melhor do que ter um instituto próprio.

O art. 374 do novo Código impõe às dívidas fiscais o mesmo regime da nova lei e isso é muito bom, apesar de invadir um outro corpo de leis que poderia ser alterado no seu corpo. Trata-se de inovação, todavia deveria ser feita no Código Tributário Nacional.

Entre os contratos, criou-se o *contrato estimatório* para expressar a consignação de coisas móveis para a venda. Na prática, este contrato já era muito usado para que terceiro pudesse vender coisa alheia, como carros, móveis usados, utensílios domésticos etc. A instituição de tal espécie contratual merece aplausos, todavia o nome não corresponde ao que quer dizer, isso porque a palavra estimação quer dizer que se calculou ou arbitrou-se um valor para determinado bem;⁹ de forma mais simples, corresponderia ao ato de valorar, cálculo de valor,¹⁰ dar preço.¹¹ Na linguagem comum, o termo empregado é consignação, mas isso não poderia se dar no plano jurídico, pois a palavra tem outros significados mais específicos. Sugerimos as denominações seguintes: *contrato confiatório*, *contrato de promoção de venda*, *contrato de fomento de venda*.

Ainda sobre os contratos, a transformação do contrato de transporte em contrato nominado foi um avanço pela sua importância na vida rural e, principalmente, urbana dos brasileiros. Nos dispositivos que tratam dessa forma contratual, chama a atenção o fato de não haver referências às normas administrativas que tratam do assunto e nem aos meios de transporte. Com relação às normas de outro ramo do direito, fez bem o legislador em não incluí-las no texto do novo Código, agora, nos detalhes, como os meios de transporte, o tratamento ficou aquém do necessário.¹²

Quiçá para suprir a retirada das rendas constituídas sobre imóveis, que era um direito real, o legislador incluiu o *contrato de constituição de renda* entre os direitos pessoais, cujo conteúdo pode ser entendido como a consti-

⁹ P. Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, p. 216.

¹⁰ Humberto Piragibe Magalhães; Christovão Piragibe Toste Malta, *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1973, v. 1, p. 335.

¹¹ Hamílcar de Garcia, *Grande Dicionário enciclopédico brasileiro ilustrado*. São Paulo: Novo Brasil, 1978, p. 628.

¹² Sobre o transporte há até escassez de obras que tratem do assunto no Brasil; no momento, ocorreu-me somente a obra de Fernando Mendonça, *Direito dos transportes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

tuição de renda em favor daquele que passa a ser credor. Ao nosso ver, foi plausível tal substituição porque as despesas com a instituição do direito diminuirão, com certeza, e a complexidade do ato desaparece, pois o direito real será extirpado e ficará no passado.

A inclusão da superfície como mais um dos direitos reais foi muito bem aceita, porque abre possibilidades na utilização e gozo do imóvel urbano e rural. No Código de 1916, diante da falta de contemplação do direito de superfície, era o usufruto que cumpria com tal função de forma precária.

No direito das sucessões, a diferenciação das quotas hereditárias da mulher e da companheira foi um grande avanço. E, ao lado disso, a inclusão do cônjuge como herdeiro e divisor da herança com os filhos e pais do *de cuius* foi uma inovação. E é verdade que o mesmo se deu com relação à companheira, só que em quotas menores.

13. Retrocessos na Parte Geral

A definição de domicílio poderia acompanhar a evolução doutrinária e recepcionar os avanços. Mas, a despeito disso, preferiu-se manter o texto do velho Código, transformando o art. 31 em 70, e nada mais.

O bem de família deveria ser tratado com toda a extensão que a lei especial lhe contemplou. É claro que estamos nos referindo a parte de direito material, pois as limitações processuais devem ser contempladas pela lei processual. O subtítulo IV trata do bem de família, mas o faz nos moldes do Código de 1916, o que é inadmissível. A exigência de registro do bem de família deveria ser abandonada.¹³

O art. 159 do Código de 1916 foi adotado integralmente pelo legislador, deixando ele de incorporar os avanços doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Agora sob o art. 186, o cerne do ato ilícito deixou de prever a imperícia como uma das formas da culpa; a previsão do dano moral não passa de uma atualização do texto, já que a doutrina e a jurisprudência já o reconhecem de longa data, ademais a Constituição Federal previu ele depois.

A inclusão de normas processuais ou referências ao processo marcou a legislação antiga, isso quando não se separava o direito material do processual, sendo este uma área daquele. Nesse tema, o legislador não cumpriu

¹³ No Projeto de Lei nº 118/84, na versão do Senado Federal, o bem de família é tratado pelos arts. 1740 e 1741; já o Projeto revisado pela Câmara o prevê nos arts. 1.711 a 1.722.

com sua obrigação de separar os corpos de leis e incluiu no novo Código várias passagens processuais, como o parágrafo único do art. 156, o qual dispõe na parte final que *o juiz decidirá segundo as circunstâncias*. Ainda sobre o referido artigo, há uma imprecisão invencível nele, qual seja o tratamento do estado de necessidade como estado de perigo.

Outro absurdo é o novo Código dedicar um título à prova, assunto que deveria ficar somente nas dependências da lei processual. Mais um caso de dedicação inútil, pois a matéria já é regulamentada pelo Código de Processo Civil. Aliás, o tratamento da prova nesta lei é bem mais amplo.

Quiçá seja o maior dos retrocessos a não inclusão da teoria do ato inexistente na parte geral, incidindo sobre os mesmos equívocos do legislador de 1916. Para nós, além de contemplar o ato inexistente, o legislador poderia ter estabelecido regras sobre a eficácia do ato; talvez preocupado com outras questões até menos importantes, o legislador deixou escapar oportunidade que dificilmente terá em outra oportunidade.

14. Retrocessos na Parte Especial

A evolução da parte especial dependia do avanço da parte geral e isso, infelizmente, não se deu. E não vamos aqui creditar os avanços às alterações a serem feitas sobre o texto do Código de 2001.

Os planos que o ato jurídico deveria freqüentar constitui um exemplo de persistência do atraso no novo Código. Continua o ato jurídico a ser válido ou inválido somente, isso porque o novo Código, como fazia o antigo, não o contemplou nos planos da eficácia e da existência e, com isso, não acompanhou a doutrina e a jurisprudências, as quais já faziam a diferenciação entre tais planos. Passando para a parte especial, o casamento ficou somente no plano da validade, não precisando o novo Código os casos de existência. Na prática, a doutrina e a jurisprudência vai seguir separando os casos de invalidade dos de inexistência. Quanto à eficácia do casamento, basta lembrar que ele será sempre eficaz e, por essa razão, não há motivo para fazer referência a este plano. Mas, nos contratos, a investida do legislador nos três planos seria muito bem vinda, revelando um verdadeiro avanço da lei civil nacional. Em estudo de direito comparado, não bastaria consultar os códigos italiano, francês ou espanhol, para constatar que o ato inexistente já faz parte de tais ordenamentos jurídicos. Exige-se aqui um estudo mais aprofundado, evidentemente.

Pelo fato de não ter ocorrido determinadas alterações não estamos autorizados a afirmar que faltou ousadia, mas a ausência de aprofundamento está evidenciada nos conteúdos dos artigos que compõem o novo Código.

15. Inclusões na Parte Geral

A decadência foi uma das inclusões que o novo Código trouxe, pena que isso se deu de forma tão tímida, deixando até de prever alguns casos em que ela poderia ser cabível.

A prova passou a fazer parte do novo Código, contrariando a melhor doutrina que orienta no sentido de que a matéria processual deva fazer parte de lei processual. E o legislador federal que quase não fazia referências ao tabelião de notas, pelo disposto no art. 223 do novo Código, até isso aconteceu. Ademais, as regras repetem muitas já consagradas pelo Código de Processo Civil.

16. Inclusões na Parte Especial

A inclusão de dois contratos no livro I merece destaque. O primeiro foi o contrato de transporte, tratando separadamente das pessoas e das coisas a serem transportadas. O outro é o contrato estimatório, o qual corresponde a consignação de bens móveis para que o mandatário venda, tire o seu percentual do valor recebido na venda por ele efetuada e repasse o dinheiro ao proprietário da coisa.

O livro II do novo Código recebeu o direito empresarial para regulamentar, contrariando as tendências modernas de ramo autônomo do direito. E todas as sociedades passaram a fazer parte do Código Civil, inclusive a sociedade anônima. Ademais, a formação, o funcionamento e a dissolução da sociedade são matérias civis.

No livro III, a superfície e o compromisso de compra e venda de imóveis foram incluídos como espécie de direito real, sendo concebida como acessões naturais ou artificiais. A construção e a plantação ganharam o *status* de direitos reais. Registre-se que compromisso de compra e venda recebeu a denominação de *direito do promitente comprador do imóvel*.

Os livros IV e V não foram objeto de inclusões que merecessem destaques, isso porque a atualização constitucional ficou à frente e acima de possíveis inclusões.

17. Vetusto Código e seus defensores

A idade do Código Civil de 1916 não reflete o seu conteúdo e ademais não foi o bastante para que se abandonasse a sua estrutura. Como se pode constatar no novo Código, além de se utilizar da estrutura do antigo Código, muitos dispositivos foram literalmente repetidos, servido tudo isso para atestar a sua consistência.

É certo que não se pode defender o Código de 1916 de forma incondicional; entretanto, as suas qualidades foram bem acentuadas pelos membros das várias comissões que o novo Código Civil passou. Ficou muito claro que os seus dispositivos não puderam ser abandonados e o legislador terminou por adotar o seu conteúdo com algumas alterações que não tiraram o mérito de Clóvis Bevilacqua, autor do projeto que deu origem ao Código de 1916. Sem medo de errar, dizer que o velho Código somente influenciou o atual é ser generoso com o pouco avanço do novo Código, pois, além de valer-se das estruturas e conteúdos daquele, ele deixou muitos assuntos de fora, como a clonagem, a barriga de aluguel...

Apesar dos desencontros, não se pode afirmar que a oportunidade de mudanças já passou, isso porque elas podem ser promovida aos poucos. É bom trazer aqui a idéia do avanço como conquista, ou seja, a cada mudança o novo Código sofre a inclusão de norma que poderia ter sido o seu conteúdo original mas que foi apresentada como inovação.

Entre os civilistas da atualidade, não são poucos os elogios declinados em seus cursos de direito civil em favor do velho Código. E pelo que vemos, diante da medíocre colaboração para a cultura jurídica do país, não estavam eles totalmente sem razão, isso porque o novo Código limitou-se a repetir muitas das passagens do anterior, mais parecendo uma reforma do que um novo diploma legal.

18. Número excessivo de leis

A fertilidade do Legislativo brasileiro em fornecer legislação assusta até àqueles que defendem mudanças contínuas na estruturação estatal e na apresentação dos direitos e deveres dos súditos.

Ao lado do Legislativo, o Executivo apresenta-se como legislador por excelência e contribui com a desproporção entre os fatos jurídicos e o número de leis editadas no território nacional. É tão absurdo que alguns

juristas referem-se ao novo Código Civil como base para novas leis. Na concepção mediana, o novo Código teria por função pôr fim à propagação da matéria civil em legislação esparsa, sendo que a lei poderia inovar com mudanças em seu texto. Mas, quiçá os juristas tenham perdido o senso de responsabilidade para com a sociedade brasileira, deixando de servi-la com um corpo de leis que fosse harmônico e atendesse aos seus propósitos, além de ser acessível na linguagem e na interpretação. Já nos penitenciamos antecipadamente com alguns ilustres juristas brasileiros, apresentando as nossas desculpas, mas o nosso povo merecia uma lei civil mais condizente com a realidade, a ponto de não necessitar de legislação especial para lhe dar complemento. Daqui emerge a questão do entendimento do texto da lei pelo cidadão comum, cuja exclusão é certa pela impossibilidade de interpretar o texto central confrontado com as leis que possivelmente serão editadas.

Ainda evitando possível desconforto, insistimos que as alterações da lei civil sejam feitas sobre o texto do novo Código Civil. Não importa aqui se se trata da mudança na concepção de determinado instituto ou da inclusão de novos institutos no nosso ordenamento etc.

19. Realidade absurda

A separação didática e legal das matérias do direito remontam os séculos e é certo dizer que os Códigos dos países europeus mostram bem que há inúmeras vantagens com um corpo de leis civis e outro penal. Mas é de se observar que as separações das matérias não se restringem ao direito civil e ao direito penal, pois muito já se fez pelo direito processual, pelo tributário, pelo administrativo...

A tendência mundial é que a lei reflita as evoluções da ciência do direito e que não seja tão distante os seus centros de atuação. Apesar de parecer mais apropriado, não se deve promover a junção de matérias sob um único corpo de leis. Infelizmente, por equívocos da história ou mesmo pela praxe legislativa absurda da reunião das matérias, o Brasil vivia um momento em que as leis já reuniam matérias penais e civis num mesmo corpo de leis e isso já passou a ser comum, digo, assimilável por todos os juristas, chegando até alguns a defender a manutenção de uma certa desordem.

A rigidez na separação das matérias do direito não decorrem do que se pensa ser mais acertado, mas do fruto de vários estudos feitos no passado.

Não se quer aqui somente impor a obediência às regras, mas que seja dada a atenção à evolução que se dedicaram tantos juristas de escol reconhecido em todos os tempos. Como reflexo de tal desordem, o novo Código acabou tratando de matérias processuais, fazendo até referência expressa ao juiz. Não é demais lembrar que o direito processual foi separado do direito civil há muito tempo e que tudo o que é contra isso deve ser considerado um retorno ao passado rudimentar.

20. Solidez do novo Código

O Código está surgindo para por fim às inúmeras leis que tratavam dos assuntos civis e, por isso, não podemos nem mesmo imaginar que as leis revogadas possam ser ressuscitadas para fazer frente às futuras dificuldades que o texto a ser aprovado encontrará. Diante das mudanças que hão de vir, é prudente somente promover as alterações no próprio Código para evitar a sua substituição num futuro próximo.

A estrutura do Código Civil de 1916 sempre foi elogiada pela maior parte dos civilistas e, pouco importando se isso foi levado em conta pelos defensores do novo Código, é bom que se acentue a manutenção da linhas mestras do vetusto Código. Partindo daqui, poder-se-ia questionar sobre a prescindibilidade do novo Código. Em reforço à continuidade do velho Código, embora não tenha mais sentido defendê-lo, frise-se que o novo Código repetiu muitos dispositivos daquele e já são inúmeros os assuntos que ficaram de fora dele. Ao lado disso, a dificuldade de se aprovar uma lei com dispositivos de várias ordens, os quais sempre levam ao debate e, em consequência disso, o tempo não deixa de passar, como passaram quase noventa anos para termos um novo Código Civil.

O Código novo trouxe inovações, as quais poderiam ser incluídas no velho Código e, noutro extremo, para ter um novo Código que mais parece um simples atualizador, é bom lembrar que isso poderia ser evitado se o Código sofresse as alterações em seu corpo, porque é melhor cuidar do paciente que pode sempre responder às expectativas do que substituí-lo por outro que vai levar tempo para acumular as suas experiências para ser conhecido e para ser respeitado.

As situações se repetem e não podemos mais imaginar que o novo Código vá repercutir na proporção em que as mudanças ocorrem no nosso País. É bom que fique claro que não há unidade que resista a interferência

de leis que tragam fundamentos diferentes dos preconizados pela harmonia do corpo de normas, como é o caso do Código Civil. Para o futuro, esperamos que o novo Código seja regado continuamente pelos legisladores do nosso parlamento, pois, como já acentuamos, a sua solidez depende das alterações feitas em seus próprios dispositivos.

Conclusão

O impacto de uma nova lei só é sentido depois que ela entra em vigor obviamente, todavia, não se pode deixar de observar que o novo Código Civil vem sendo elaborado de longa data e a preocupação maior consiste em atualizar o seu texto, o qual não corresponde mais às relações desenvolvidas por brasileiro e estrangeiros que aqui se encontrem.

No geral, desconsiderando a matérias novas incluídas no corpo novo Código, não há como negar que se deu uma atualização do antigo com as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Mas, por outro lado, o novo Código não fez e não vai fazer a diferença na vida do cidadão comum, a ponto dele precisar reestruturar a sua vida. Desconsiderando as adaptações com os novos institutos e a impossibilidade de utilizar outros excluídos do ordenamento, a necessidade maior consiste na atualização dos novos dados sobre os velhos institutos já conhecidos. Retomando a questão de o novo Código ser inovador ou consistir em uma verdadeira reforma do Código de 1916, a resposta passa por vários quadrantes para desaguar na desnecessidade de um novo Código, o qual apresenta-se como novo, mas, na verdade, é o velho reformado.

Durante toda a nossa análise, não sentimos que as alterações merecessem um novo código para comportá-las. Aliás, todas as alterações poderiam ser feitas no velho Código, pouco importando se elas fossem promovidas paulatinamente. Mas a lição há de servir de experiência para o futuro; daí que não se pode, por conta de outras mudanças na política nacional, impor ao povo brasileiro um outro código.

Dessa forma, considerando o conteúdo do novo Código, as alterações dos dados do Código de 1916 e as matérias nele incluídas e excluídas, o Código Civil de 2001 não pode ser tomado como inovador. É evidente que a inovação deve ser aqui tomada como tudo novo e não, como poderia se pensar, em algo novo; por isso, mais uma vez, com relação ao novo Código, as alterações não autorizam a afirmação de que ele é novo.

REFERÊNCIAS:

- DEMOLOMBE, *Course de Code Napoléon*. Paris: A. Lahure: 1880, v. 1.
- GARCIA, H. de. *Grande dicionário enciclopédico brasileiro ilustrado*. São Paulo: Novo Brasil, 1978.
- MAGALHÃES, H. P.; TOSTE MALTA, C. P. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1973, v. 1.
- MENDONÇA, F. *Direito dos transportes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PLÁCIDO E SILVA, P. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.
- SCARPARO, M. S. *Fertilização assistida: questão aberta*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Endereço para correspondência
Rua Jasmin, 750/122 – Chácara Primavera
CEP 13087-520
Campinas – SP

